



저작자표시-변경금지 2.0 대한민국

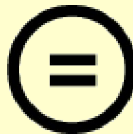
이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#) 



의학석사 학위논문

의사결정과정으로 본
정신질환자의 형사책임

**Analysis of Psychiatrically
Disordered Conductors' Criminal
Responsibility: Based on Decision-
Making Process**

2014 년 08 월

서울대학교 대학원

의학과 법의학전공

김 혜 수

A thesis of the Master's degree

**Analysis of Psychiatrically
Disordered Conductors' Criminal
Responsibility: Based on Decision-
Making Process**

**의사결정과정으로 본
정신질환자의 형사책임**

08 2014

Department of Forensic Medicine,

Seoul National University

College of Medicine

Hye Soo Kim

초 록

서론: 정신질환자의 형사책임능력에 대한 판단은 법정신의학의 주요 관심사임에도 불구하고, 보편적인 판단 기준은 아직 마련되지 않고 있다. 이 논문은 정신질환이 형사책임능력에 영향을 미치는 기전을 보다 객관적으로 설명하는 데에 그 목적이 있다.

방법: Gerben Meynen이 제안한 의사결정과정의 모형을 기본으로 하되 이에 대한 비판적 검토를 통하여, 수정된 의사결정과정의 모형이 여러 가상의 상황과 사례에서 어떻게 적용될 수 있을 것인지를 보인다.

결과: Meynen의 모형은 정신질환이 형사책임에 미치는 영향을 합리적으로 보여줄 수 있으나, 다양한 상황에 일관성 있게 적용되기 위해서는 발생한 선택이 생명 보존 이외의 만족을 추구하지 않아야 하고, 과정 전체의 연속성이 전제되어야 한다. 또한, 정신질환자의 현실 검증력에 대한 고려가 반드시 포함되어야 한다.

결론: 적절한 수정과 보완을 거친다면, 의사결정과정의 모형은 정신질환자의 형사책임에 대한 합리적이고 실용적인 판단 기준을 제공하는 과학적인 이론으로 기능할 것이다.

주요어: 정신질환, 형사책임, 의사결정과정, 형법, 법정신의학, 현실 검증

학 번: 2010 - 23712

목 차

초록	i
목차	ii
서론	1
본론	6
고찰	50
참고문헌	56
초록 (영문)	64

서론

연구의 배경 및 목적

중국의 수호전에는 송강이라는 인물이 역모시(逆謀詩)를 지었다는 죄명을 벗기 위해 광인(狂人)행세를 하는 장면이 나온다. 송강은 머리를 풀어 헤치고 배설물을 온몸에 바른 채 자신이 옥황상제의 부마이며 염라대왕을 선봉으로 하여 모두를 죽일 것이라고 큰 소리를 쳐서 광인처럼 보이려 하나, 문제가 되는 역모시의 시사(詩詞)와 필적이 정신이 나간 사람의 것으로는 보이지 않는다는 의심을 받아 광인이 아님을 실토하도록 모진 매를 맞게 되고, 결국 매를 못 이긴 송강은 자신이 죄를 면하기 위해 광인흉내를 낸 것뿐이라는 자백을 하여 사죄수 칼을 쓴 채 감옥에 갇히게 된다.¹

12세기 초반의 중국을 시대적 배경으로 하여 15세기 무렵 쓰여진 것으로 알려진 수호전의 위 장면에서, 인간의 정신상태에 대한 이해나 개인에게 부여하는 가치 및 권리가 지금과는 현저하게 달랐던 과거에도 광인(지금의 형법 표현으로는 심신장애자)이 저지른 행위에 대해서는 비난할 수가 없고 따라서 광인에게는 형벌의 근거가 되는 책임을 지울 수 없다고 통찰하고 있었음을 알

수가 있다. 그리고 이러한 통찰은 기본적으로는 오늘날의 형법체계 안에서 그대로 유지되고 있다.

정신장애가 있으면 책임을 면할 수 있다는, 고금을 통틀어 상식적인 결론으로 여겨지는 이 관계성의 근거는 무엇인가? 배설물을 온몸에 바르고 봉두난발로 남들 앞에 설 수 있을 정도의 정신상태라면 그가 저지른 모든 행위는 일반적인 기준으로 평가할 수 없는 것인가? 그가 사용한 언어가 일반인들의 그것과 비슷하면 광기에 지배당하는 상태가 아니라는 증거가 되는가? 이 논문은 그러한 의문에서 출발하였다. 형벌이라는 것은 근본적으로 개인의 비행(非行)으로부터 나머지 사회구성원의 안전을 보호하기 위해 해당 개인의 자유 및 권리를 구속, 침해하는 것인 만큼, 형벌 부여의 기준은 가급적 객관적, 사실적 기준에 근거해야 함은 자명하다. 마찬가지로, 결과적으로는 엄연한 범죄를 형성하는 비행을 저질러 다른 사람(들)의 자유나 권리에 해를 끼쳤음에도 불구하고 그 행위자에게 형벌을 부여하지 않을 때에는, 그 판단의 근거가 막연한 가설이나 동정과 같은 정서적 공감에 되어서는 안 될 것이다.

이러한 배경에서, 즉 정신질환을 가진 개인이 형법 적용의 예외가 되는 근거와 정도를 정신의학이라는 과학을 기본으로 하여 가능한

한 객관적이고 사실적으로 밝히기 위한 필요성으로부터
법정신의학(forensic psychiatry)의 역할이 요구된다. 서로 다른 법
제도를 가지고 있는 여러 나라에서 법정신의학자가 구체적으로
기능하는 면면은 차이가 있으나, 그 핵심은 정신질환이 개인의 법적
능력에 미치는 영향을 설명하는 것이라는 점에서 공통된다고 할 수
있다. 그러나 현실적으로는, 이러한 법정신의학적 평가의 개념적
근거는 놀라울 정도로 불분명하다. 다시 말해, 정신질환이 개인의
책임능력을 비롯한 법적 능력에 정확히 어떠한 기전으로 어느
정도의 영향을 주는지에 대한 합의된 평가 기준은 없는 상태이다.²
따라서 본 논문은 법정신의학이 형법의 영역에서, 특히 형사책임
판단과 관련하여 보다 객관적이고 사실적인 기준을 제공할 수 있는
방안을 제시하는 데에 그 목적이 있다.

연구의 방법 및 범위

정신질환을 가진 개인이 저지른 행위에 대해서는 형법 상 책임능력,
즉 형사책임(criminal responsibility)을 묻지 않거나 일부만 묻는
것은 전 세계의 공통적인 법 현실이라고 할 수 있다. 스웨덴의 경우
어떠한 행위에 대해 행위자가 책임이 있는가 없는가의 여부를 묻는
개념 자체가 없다고 하나,³ 범죄가 정신질환으로 초래된 것이라

판단될 때에는 형벌 대신 정신과적 입원 치료를 받게 된다는 면에서, 각 나라들이 서로 다른 법 이론과 용어를 사용하고 있지만 법정신의학이 작용하는 부분은 본질적으로 비슷하다고 할 수 있다.⁴ 그럼에도 불구하고, 정신질환이 행위에 어떠한 방식으로 어느 정도의 영향을 미쳤는지를 평가하는 공통적인 기준은 없는 형편이다.

한편, 네덜란드의 정신과의사이자 법정신의학자, 철학자인 Gerben Meynen은 최근 수 년 간 의사결정과정(decision-making process)을 형사책임과 정신질환의 관계를 합리적으로 규명할 수 있는 모형으로써 제시하는 동시에, 이를 통해 각기 다른 법제도 하에서 행해짐으로써 국제적인 논의가 어려운 법정신의학의 한계를 극복하고자 시도하고 있다. 이러한 방법론은, 특히 법정신의학에 대한 관심과 연구, 그리고 그 법적 영향력이 상대적으로 미미한 국내의 상황에서 상당한 가치를 지닐 것이라 여겨진다.

따라서 이 논문에서는 Meynen의 논지 전개방식을 따라 먼저 의사결정과정의 모형을 소개하고, 다음으로 이러한 모형이 정신질환자의 형사책임에 대한 기존의 판단과 어떻게 연결될 수 있는가를 몇 가지 정신이상 항변(insanity defense)의 예와 관련하여 제시하며, 이어서 정신질환이 의사결정과정에 미치는

영향을 구체적인 예를 통해 상술하려 한다. 이를 통해 네 번째 장에서는 의사결정과정의 모형이 형사책임과 정신질환 간의 관계를 비교적 명확하게 설명하는 기본 골격으로서 어떻게 기능할 수 있는지를 가상의 다양한 정신질환 범죄에 대입하여 보일 것이다.

이어서 다음 장에서는, 의사결정과정의 모형을 Meynen이 제시한 그대로 적용할 경우 발생하는 문제들을 역시 가상의 상황에서 검토하여 추가 고려사항을 제안하고, 여섯 번째 장에서는 실재했던 두 명의 정신질환 연쇄살인범의 경우에 이를 대입, 의사결정과정의 모형의 비판적 적용 예를 제시할 것이다.

이러한 순서로 정신질환이 형사책임에 미치는 영향을 평가할 보편적인 개념적 근거를 제시한 뒤에, 마지막 장에서는 정신질환과 관련된 국내 형법의 상황을 살펴보고 의사결정과정 모형 적용의 필요성을 제안하려 한다.

본 론

1. 의사결정과정의 모형(a model of decision-making process)

의사결정이 무엇인지 정확히 정의하기는 쉽지 않다.⁵ 특히 철학적인 안에서 의사결정을 어떻게 이해할 것인지에 대해서는 다양한 의견이 있으나, Kalis 등이 제안한 세 단계의 의사결정과정 모형⁶은 형사책임능력의 손상이란 결국 의사결정과정의 손상을 의미하는 것임을 보이는 동시에, 정신질환이 의사결정과정에 영향을 주는 기전(mechanism)을 명시함으로써, 형사책임능력과 정신질환 간의 직접적인 관련성을 설명하는 가교 역할을 하는 데에 특히 유용하다. 이 모형은 의사결정과정을 다음과 같이 서로 다른 세 단계(phase)로 구분하고 있다.⁷

선택 발생(option generation)

특정한 상황에서 무엇을 할지 결정하기 위해서는 반드시 어떠한 선택들이 실제 행동까지 이어질 가능성이 있는지 살펴보는 과정이 선행되어야 한다. 여기에서 ‘선택(option)’이란, 행위의 수행 가능성 및 예비행위자에게 정서적 가치를 가지는,⁶ 목적지향적인 행위의

재료들 혹은 후보들을 의미한다고 볼 수 있다. 즉, 우리가 어떤 행위를 하도록 결정하기 위해서는 가장 먼저 실현 가능성이 있는 선택들이 이 단계에서 떠올라야만 하며, 이러한 선택의 발생이 없이는 애초에 의사결정 자체가 성립할 수 없는 것이다. 다음 단계인 선택 선정의 과정으로 진행하기 전에 우리는 과거의 기억이나 창조적 과정, 또는 주어진 환경의 한계 등에 의거하여 어떤 선택은 목록에서 없애기도 하고 새로운 선택을 발생시키기도 한다.

선택 선정(option selection)

앞선 선택 발생의 단계에서 비롯된 여러 후보들 중 하나의 선택을 취하는 단계이다. 이 단계의 결과물은 숙고(deliberation)를 통한 하나의 최종 선택이지만, 아직 행동으로 이어지기 전이므로 의사결정과정 전체에서는 중간 생성물에 불과하다. 또한 실제 행위로 이어지기 전까지는 언제든지 그 전 단계의 발생물(선택들)이 후보 목록에 추가될 수 있다.

행위 개시(action initiation)

선정된 선택이 실제 행동으로 변환되는 단계이다. 의사결정의

목표는 어떠한 선택들이 행위 가능성이 있는가를 내면적으로 판단하거나 단지 특정 행위를 하도록 하나의 선택을 선정하는 것이 아니다. 의사결정과정은 특정 행위를 실제로 수행하는 것을 최종 목적으로 하는 것이므로, 행위 개시까지가 의사결정과정에 속한다고 할 수 있다.

이러한 단계 모형은 전체로서의 의사결정과정을 그 구성 단계들로 분류하고 각 단계의 특성을 설명함으로써, 법정신의학자로 하여금 각각의 단계에서 발생하는 기능장애들에 대한 기존의 신경심리학적 지식⁸을 이용하여 범죄행위를 초래한 정신질환자의 의사결정과정을 좀 더 정교하고 명확하게 평가할 수 있게 하는 유용한 도구가 될 수 있다.

2. 의사결정과정과 형사책임

법정신의학자들은 정신이상 항변의 맥락(정신이상 항변이라는 용어 자체는 영미법(英美法)에 국한되어 사용되는 것이지만 여기에서는 정신질환을 가진 범죄자의 책임무능력을 증명하려는 일련의 노력을 포괄하는 의미로 사용하였다.)에서 범행 당시의 피고의 정신 상태를 평가하도록 요구 받는다.⁹ 이러한 평가의 구체적인 기준은 나라마다

다르지만, 일반적으로는 1) 피고는 자신의 행위가 도덕적으로 잘못 되었음을 몰랐는가, 2) 피고는 자신이 무엇을 하고 있는지를 몰랐는가, 그리고 3) 피고는 자신의 행위를 통제할 수 없었는가로 요약할 수 있다.^{7,10~12}

먼저 영미법에서의 대표적인 정신이상 항변의 예로 맥노튼 규칙(M'Naughten Rule), 저항불능의 충동 테스트(Irresistible Impulse Test) 및 미국모범형법전(Model Penal Code)을 살펴 보면, 맥노튼 규칙에는 1)과 2), 저항불능의 충동 테스트에는 3), 그리고 미국모범형법전에는 1)과 3)이 반영되어 있는 것으로 볼 수 있다.⁷ 또한 대륙법의 경우에도, 정신장애로 인한 책임무능력에 대해 '행위를 수행함에 있어서 병적인 정신장애, 심대한 의식장애, 정신박약, 기타 중한 정신변성(精神變性)으로 인하여 그 행위의 불법을 통찰하지 못 하거나 그 통찰에 따라 행위할 능력이 없는 자는 책임 없이 행위한 자이다'라고 규정한 독일 형법이나, '행위 시에 정신장애 또는 신경성 정신장애로 인하여 시비의 판별 또는 행위의 통제를 상실한 자는 형사책임을 지지 않는다'라고 규정한 프랑스 형법, '정신병 또는 이와 동일한 상태 또는 정신박약으로 인하여 책임능력이 없는 자의 행위는 이를 별하지 않는다'라고 규정한 덴마크 형법 등,¹³ 각 나라에 따라 정신장애를 규정한

방식이나 범위, 구체적인 법률 표현에는 차이가 있으나 1)에서 3)의 내용으로부터 크게 벗어나지는 않고 있음을 알 수 있다.

이처럼 부분적 차이들에도 불구하고 여러 나라들의 서로 다른 정신이상 항변이 위의 세 가지 내용으로 정리될 수 있다는 사실은, 정신질환이 피고의 형사책임을 무효화시킬 수 있는 것은 그 질환이 피고의 의사결정능력을 손상시켰기 때문이라는 통찰이 공통적으로 기저에 깔려있음을 시사하는 것이라고 해석할 수 있다.⁷ 즉, 의사결정능력에 대한 구체적인 언급이 법 조항에 나타나 있지 않더라도, 자신의 행위의 성격(옳고 그름)이나 본질에 대한 지식으로부터 선택들을 발생시키고 그 선택들 중 하나를 선정하여 실제 행위로 옮기는 과정을 통제하는 것까지 모두 의사결정과정 안에 놓여있기 때문에, 이 중 하나 이상의 흠결(欠缺)이 곧 피고의 형사책임을 무력화시킨다는 생각은 곧 의사결정과정의 흠결이 책임무능력의 원인이 된다고 생각하는 것과 같다. Buchanan¹⁴ 역시 정신상태가 무죄항변의 근거가 되려면 정신상태가 선택능력을 훼손한 경우여야 한다고 언급한 바 있으며,¹⁵ 여기에서 선택은 의사결정으로 이해될 수 있겠다.

3. 의사결정과정과 정신질환

이 장에서는 제1장에서 언급한 세 단계 의사결정과정의 모형의 각 단계로 돌아가, 각각의 단계가 다양한 정신질환의 증상들과 어떻게 연결될 수 있는지, 즉 정신질환이 어떠한 기전으로 각 단계의 장애를 초래할 수 있는지를 구체적인 예를 통해 살펴보려 한다.⁷

선택 발생

다양한 정신질환들로 인하여, 같은 상황에서 대부분의 다른 사람들에게는 쉽게 떠오르는 선택들이 발생할 수 없기도, 또 보통의 다른 사람들에게는 떠오르지 않을 선택들이 발생하기도 한다. 환각(hallucination)을 경험하는 사람의 경우를 생각해 보면, 그에게는 애초에 여러 선택들을 발생시키는 배경이 되는 자신을 둘러싼 상황 자체가 다르게 인식된다. 남들이 듣지 못 하는 것을 듣거나 보지 못 하는 것을 봄으로써, 선택 발생의 출발점부터 왜곡되는 것이다. 망상(delusion)을 경험하는 경우에도 이와 비슷하게, 상황에 대한 이해부터 현실성을 잃게 되므로 당연히 실현 가능성을 전제로 발생하는 선택들은 처음부터 남들과는 전혀 다른 바탕에서 발생하게 된다. 환각이나 망상의 영향을 받는 경우는 아니지만, 도벽(kleptomania)이나 방화벽(pyromania)은 그 질환을 앓지 않는 사람들에게서는 그만큼의 정서적 가치나 실행 가능성을

내포하지 않는 선택-절도나 방화-이 비정상적인 빈도로 발생한다는 점에서 이 선택 발생의 단계에 문제가 있는 것으로 이해할 수 있다. 우울증이나 조증 상태(manic state)의 환자의 경우도 마찬가지이다. 이들은 환각이나 망상을 경험할 수도 있으나, 이러한 왜곡된 지각 경험이 없더라도 선택들의 실행 가능성을 평가하는 전제가 되는 상황의 인식이 남들과는 크게 달라지게 된다. 우울증 환자는 기본적으로 자신을 둘러싼 상황을 부정적인 시각으로 바라 보거나^{16,17} 어떤 것에 흥미를 느끼지 못 하는 상태에 흔히 놓이므로, 선택 발생의 폭 자체가 극도로 좁아지거나¹⁸ 이미 발생한 현실적인 선택들조차 정서적 가치를 지니지 못 한 채¹⁹ 취소될 수가 있다. 이와는 반대로, 조증 환자의 경우에는 지나치게 많은 선택들이 우후죽순 발생할 수도,⁶ 특정 선택에 비현실적으로 높은 정서적 가치가 부여될 수도 있다. 한편 극단적으로는 심한 치매나 일부 감정둔마(apathy)¹⁸에서와 같이 선택 발생 자체가 되지 않을 수도 있다.

선택 발생에 대해 ‘의사결정자가 선택들을 발생시켰다’는 표현 대신 ‘의사결정자에게 선택들이 발생하였다’는 표현을 쓴 이유는, 이 단계가 전적으로 수동적으로 진행되기 때문이다. 이 단계에서 여러 선택들은 무의식적으로 발생하여 우리 의식의 표면으로 떠오를

뿐이다. 물론, 우리는 주어진 상황에서 가능한 어떤 목표 지향적인 행동을 하기 위해 자발적으로 선택의 여지를 탐색해 볼 수 있다. 그러나 여러 선택들이 이미 발생하여 우리 의식의 영역 안으로 드러나기 전까지는, 우리는 우리가 어떠한 선택을 발생시킬지 알 수가 없다. 자발적인 탐색조차, 우리 의식의 이면에서 이미 저절로 발생해버린 결과물들을 대상으로 하는 것이다. 즉, 선택 발생의 단계에서는 정신적으로 건강한 사람이라도 그 한가운데에서 의사결정의 작업을 진행하고 있는 순간조차, 이 단계의 최종결과물-이미 떠 오른 선택들- 외의 내용에 대해서는 알 수가 없다.

선택 발생 단계의 바로 이러한 특징이, 이 선택 발생의 단계가 법정신의학자의 형사책임 평가에서 중요한 의미를 가지게 한다고 Meynen은 강조한다. 다음 장에서 더 상술하겠지만, 실제 벌어진 결과, 최종 행위를 초래하기까지의 과정에서 행위자의 의식적 개입의 여지가 얼마나 있었는가의 문제가 형사책임의 경중(輕重)을 판단하는 중요한 기준이 되기 때문이다.

선택 선정

선택 선정 단계의 기능장애는 우유부단함(indecision)이나 비이성적

선택(irrational choice)을 초래할 수 있다. 치매 환자는 이성적으로 여러 사항을 고려할 수 있는 인지적 능력을 가지고 있지 못 한 경우가 많고, 심지어 선택 발생의 단계에서 떠오른 선택들을 그 다음 단계에서 잊을 수도 있다. 주의력 결핍 및 과잉행동 장애(ADHD, attention-deficit/hyperactivity disorder) 환자는 행위 결과에 대한 충분한 이성적 고려 없이 떠오른 선택들 중 어느 하나를 무분별하게 선정할 가능성이 있다. 반면, 강박증(obsessive compulsive disorder, OCD)이나 우울증을 겪고 있는 사람은 여러 선택들 중 한 가지를 선정하기까지 지나치게 오랜 시간이 걸리기도 한다. 조증이나 경조증(hypomania)의 경우에는 사고의 과정이 이성적이라기보다는 연상적(associative)으로 진행되는 경우가 흔하고 자신의 행위가 초래할 결과에 대해 비이성적으로 긍정적인 평가를 내릴 때가 많으므로, 역시 선택 선정의 오류가 발생하기 쉽다.

이 단계의 장애는 선택 발생 단계에서의 경우보다는 의사결정자의 의식적 개입이 조금 더 용이하다. 알코올 사용 장애(alcohol use disorder) 환자가 음주욕구에 굴복하여 최종적으로 음주를 하기까지의 과정 중간에서 어느 정도 자신의 행동을 억제할 수 있다는 사실은 잘 알려져 있다.²⁰ 또한 강박증과 같이 그

의사결정과정에서 선택 선정 단계의 장애가 있는 질환들의 치료법으로써 다양한 인지행동치료(cognitive behavioral therapy, CBT)의 효과가 이미 증명되어 있다는 것²¹ 역시, 이 단계에서는 최종 행동을 수행하기 전 어느 정도 의식적인 개입을 통해 의사결정 전 과정의 마지막 결과물을 수정하는 것이 가능함을 방증(傍證)한다고 볼 수 있다.

행위 개시

행위 개시 단계에서 문제가 생기면, 앞의 단계에서 선정한 선택을 수행하지 못 하거나, 너무 느리게 또는 빨리 실행하거나, 혹은 선정한 선택과는 전혀 다른 행위를 하게 될 수 있다. 뚜렛 병(Tourette's disorder)을 예로 들어 보면, 틱(tic)을 하지 않기를 원했으나 틱이 이미 행동으로 나타날 수 있으며, 심지어는 선택 발생이나 선택 선정의 단계는 뛰어넘은 채로 온전한 의사결정과정을 거치지 않고 틱이라는 행동 자체만 비롯될 수가 있다.^{22~24} 각종 중독의 경우에도, 내일부터 술을 끊겠다는 선택을 선정하였으나 결국 음주라는 행위를 수행하는 예, 법적 처벌에 대한 공포로 마약을 구입하지 않겠다는 선택을 선정하였으나 마약을 다시 구입하는 행위의 예와 같이, 이 단계의 장애와 밀접한 관련이

있다. 한편, 조현병(schizophrenia)의 음성증상(negative symptoms)을 겪는 환자는 선택 발생과 선택 선정이 이루어진 경우라도 정동둔마로 인해 아무런 행동도 하지 않은 채 지낼 수 있다. 각종 충동조절장애(impulse control disorder)들은 전 단계들인 선택 발생이나 선정 단계에도 영향을 줄 수 있지만 행위 개시 단계에도 지장을 초래할 수 있으며,¹⁸ 이는 조증의 경우에도 비슷하다.

앞의 단계에서 선정된 선택을 실제 행위로 옮기는 이 행위 개시의 단계 역시 의식적 개입에 의한 수정이 어느 정도 가능하다.^{25,26} 그렇다고 해서 이 단계의 특징이 곧 통제 가능성에 있다는 의미는 아니다. 충동조절장애처럼 통제의 상실 자체가 질환의 증상이기도 하기 때문이다.²⁷ 그러나 선택 선정의 단계에서와 마찬가지로, 다양한 전략을 사용하여 이 단계에서의 장애를 교정하거나 극복할 수 있다.

이처럼 전체로서의 의사결정과정의 각 단계는 서로 밀접한 관련이 있고, 정신질환의 서로 다른 증상들은 특정 단계에만 영향을 주기도 하지만 대체로는 동시에 여러 단계의 장애를 초래한다.⁷

4. 정신질환이 형사책임에 미치는 영향

위의 장들에서 설명했듯이, 형사책임능력은 의사결정과정의 장애에 의해 영향을 받고, 정신질환은 다양한 방식으로 의사결정과정의 손상을 초래할 수 있다. 특히 의사결정과정의 각 단계는 서로 유기적으로, 그리고 순차적으로 관련되므로, 앞 단계에서 장애가 발생할수록 전체 과정의 결과물인 행위는 그 장애에 구속될 가능성이 높다. 다시 말해, 선택 발생의 단계에 장애가 생기면 그 뒤의 단계들에서 장애가 발생했을 때보다 행위를 통제하거나 교정할 가능성이 낮아지는 것이다. 우리가 여러 선택들 중에 비교적 덜 매력적이고 심지어 꺼려지는 것을 선정하여 실행에 옮기는 것은 가능하지만, 아예 선택 목록에 없는 것을 고려 대상으로 삼을 수는 없기 때문이다.⁷

환각이나 망상은 현실에 대한 인식 자체를 왜곡하므로, 발생하는 선택의 배경 자체가 현실적이지 못한 경우가 많고 그 결과 발생한 선택의 목록도 일반적인 경우-환각이나 망상이 없는 경우-와 크게 달라질 수 있다. 이러한 선택의 발생은 앞에서 살펴 보았듯이 의사결정자의 자발적인 의식적 개입이 불가능한 단계이므로, 다른 선택을 발생시킬 여지가 거의 없게 되는 것이다. 따라서 그 다음 단계인 선택의 선정이나 행위 개시의 단계에는 장애가 없더라도,

이러한 이후 단계의 재료 자체가 왜곡되어 있으므로 행위자가 다른 행위를 할 수 있을 가능성은 극히 제한된다. 즉, 법정신의학의 입장에서 보면, 환각이나 망상으로 인해 의사결정과정의 첫 단계인 선택 발생의 단계에 장애가 생긴 행위자의 행위에 대해서는 형사책임을 물을 수 없을 가능성이 가장 높다. 이는 정신이상 항변에서 환청과 망상을 주 증상으로 하는 조현병이 성공하는 빈도가 가장 높은 현실과도 일치한다.^{28,29} 반면, 상대적으로 의사결정과정의 후반부에 장애가 있는 것으로 볼 수 있는 알코올중독의 경우에는 이로 인한 무죄항변이 그다지 설득력 있게 받아들여지지 않고 있다.²⁰

구체적인 몇 가지 예를 살펴 보자. 심각한 산후우울증(postpartum depression)으로 인해 자신의 아기가 악마이고 자신과 나머지 가족을 해치리라는 망상에 사로잡혀 있는 산모가 있다. 망상은 그것에 지배 받는 사람에게 다른 가능성을 허용하지 않는 현실과는 동떨어진 믿음이다. 주변에서 아기는 산모의 사랑스런 자녀이고 악마가 아니라고 아무리 설득하여도, 그 아기가 다른 사람들을 기만하면서 생명을 노리는 사악한 존재라는 그녀의 믿음은 흔들리지 않는다. 아기가 젖을 보채며 우는 소리를 자신의 죽음을 선포하는 것으로 해석한 산모가 공포에 사로 잡힌 채 아기의

얼굴을 베개로 눌러 질식사시켰다.

기면증(narcolepsy)은 입면환각(hypnagogic hallucination)을 종종 동반한다. 부엌칼을 들고 요리 중이던 기면증 환자가 수면 발작(sleep attack)을 일으키는 순간 가족 중의 한 명이 그에게 다가왔다. 그는 입면환각으로 무서운 형체를 보았으며 수면상태에 빠지기 직전 순간적으로 자신을 방어하기 위해 칼을 휘둘렀고, 휘두른 칼에 의해 가족은 치명상을 입었다.

급속안구운동 수면 행동장애(rapid eye movement sleep behavior disorder)를 앓고 있는 환자가 살인자에게 칼로 반복해서 찔리는 꿈을 꾸었다. 그는 꿈 속에서 자신의 모든 힘을 다하여 상대를 제압한 뒤 살인자의 목을 졸랐고, 꿈에서 깬 뒤 자신이 옆에서 자고 있던 부인의 목을 졸라 살해한 사실을 발견했다.

지적 장애(intellectual disability)가 있는 여성이 자신의 취학 전 아이와 함께 근처 개울로 물놀이를 갔다. 그녀는 아이가 이끄는 대로 따라 나섰고, 전날 내린 폭우로 수심이 깊어져 입수금지라는 안내가 붙어있었지만 아이가 물에 들어가는 것을 말리지 않았다. 헤엄치던 아이가 물살에 휩쓸려 절박하게 구조 요청을 하였지만, 그녀는 재미있는 장난을 치는 것이라 여기고 배를 잡고 웃었다. 어른이 들어가면 쉽게 구조할 수 있는 수심이었지만 그녀는 아이가

익사할 때까지 구경만 하였다.

위에서 열거한 네 가지의 예는 모두 정신질환이 선택 발생의 단계에서 의사결정과정을 손상시킨 경우이다. 산모는 자신의 아기가 악마라는 망상에 사로잡혀 있었으므로, 그녀에게는 그 아기가 자신이 돌보고 보호해야 하는 대상이라는 선택 자체가 발생하지 않았다. 극단적으로 왜곡된 현실 인식을 바탕으로, 오히려 자기 방어를 위해 아기를 죽여야 한다는 목적을 이루기 위한 여러 선택들만이 발생 가능했을 것이다. 입면환각의 순간에 가족을 해친 기면증 환자의 경우도 마찬가지이다. 그가 칼을 휘두른 순간 처한 주관적인 현실은 눈앞의 괴물이 자신을 덮치려는 상황이었다. 그러한 일이 현실적으로 가능한지의 여부를 따지기 전에 생생한 환각은 그의 상황 인식을 철저히 왜곡하였고, 자연스럽게 생명의 위협을 극복하기 위한 선택들이 발생하였을 것이다. 꿈 속에서 살인자와 대결하다가 부인을 살해한 남편의 경우, 비록 망상이나 환청과 같은 정신병적 증상은 없었지만 그가 의사결정과정을 시작한 현실 인식 자체가 꿈 속에서 이루어진 것이므로 선택 발생 단계에서 문제가 발생한 것으로 볼 수 있다. 지적 장애의 여성 역시, 손상된 인지 기능으로 인하여 아이를 구조해야 하는 상황이라는 것 자체를 깨닫지 못 하였고, 이로 인해 선택 발생

자체가 제한될 수 밖에 없었다. 따라서 이 여성에게 부작위(不作爲, omission)에 의한 살인죄를 물을 수는 없을 것이다. 이렇듯 선택 발생의 단계에 정신질환이 영향을 미쳤을 경우에는 그 행위의 범죄성이 완전히 취소될 수 있다.

반면에, 알코올 사용 장애 환자가 만취 상태에서 말다툼을 벌이던 상대를 살해한 경우를 생각해 보자. 그는 자신의 살해 행위를 전혀 기억하지 못 하며(blackout), 그 이전에 격분하여 다투던 것까지는 기억을 하지만 평소에는 조용한 성격으로 취하지 않았더라면 다투지는 않았을 것이며 따라서 살인에도 이르지 않았을 것이라고 주장한다. 즉, 살의를 가졌던 기억이 없으므로 이는 음주상태로 인한 것이고, 자신이 음주 유혹에 굴복한 것은 알코올 사용 장애로 인한 것이므로, 그 행위에 대해 책임이 없다는 것이다. 알코올 사용 장애는 음주에 대한 강렬한 갈망, 음주 조절의 실패, 또는 음주로 인한 일상생활의 지장을 특징으로 하는 정신질환의 일종이다. 따라서 알코올 사용 장애 환자는 자신이 술에 취했을 때 예상치 못한 문제를 일으킬 수 있다는 사실을 알고 있음에도 불구하고 결국 음주를 하고 말 가능성이 높다. 이러한 알코올 사용 장애는 의사결정과정에서 선택 선택의 단계에 장애를 초래한다. 선택 발생의 단계에서 일반적인 경우보다 훨씬 더 높은 정서적 가치를

지니고 음주라는 선택이 발생하지만, 그 외의 선택 발생 자체를 억제한다고 볼 수는 없다. 실제로 많은 알코올 사용 환자는 음주를 하기 전까지 한 잔의 술을 마실 것인가 참을 것인가의 선택을 앞에 두고 갈등한다. 이 환자의 경우, 살인이라는 행위에 이르기까지의 과정이 전혀 기억이 나지 않으므로 의사결정과정의 선택 발생 단계부터 만취상태로 인한 손상이 있었다고 주장하더라도, 알코올 사용 장애라는 정신질환이 영향을 미친 부분은 그에 선행하는 의사결정, 즉 음주 행위를 하기까지의 의사결정과정 중 선택 선정의 단계이고 환자가 다른 선택을 선정할 여지도 있었으므로 형사책임이 전혀 없다고 볼 수는 없다. 이러한 면에서 위에서 언급한 급속안구운동 수면 행동장애 환자의 경우와는 다르다. 꿈을 꾸는 것 자체가 꿈의 내용은 의사결정과정에 기인하지 않기 때문이다. 따라서, 이 환자가 만취상태에서 살인을 저지르겠다는 구체적인 의도를 가지고 있지는 않았음을 인정하더라도, 최소한 부주의(recklessness)로 범행을 저지른 책임을 묻는 것은 필연적이다.

한편, 정신질환자의 형사책임에서 중요한 것은 현재의 진단체계에 근거한 정신질환의 종류가 아니라, 실제로 특정 정신질환이 행위자의 의사결정과정에 어떠한 영향을 미쳤는가이다.⁸ 즉, 같은

종류의 정신질환이라도 그 증상의 특성에 따라 의사결정과정
영향을 미칠 수도, 미치지 않을 수도 있으며, 위의 예에서 살펴
봤듯이 서로 다른 종류의 정신질환도 의사결정과정의 같은 단계에
비슷한 영향력을 행사할 수 있다.

명령 환청(commanding voice, commanding auditory
hallucination)은 환청을 경험하는 사람의 33~74%에서 발생하는
것으로 알려져 있으며,³⁰ 증상을 겪는 사람의 행동에 지대한 영향을
줄 수도 있다.^{8,31,32} 법정신의학의 입장에서는 명령 환청의 내용과
복종 강제력이 중요하다.⁷ 명령 환청이 언제나 범법 행위를
명령하지는 않는다. 씻지 말라거나 약을 먹지 말라는 환청, 외출을
해서 어디를 가라고 하거나 직장에 가지 말라고 하는 환청은, 설사
이를 경험하는 환자가 명령에 복종하지 않을 수 없는 강도의
것이라 해도 범법성을 띠지는 않는다. 그러나 불을 지르라든가
사람을 죽이라든 명령 환청의 경우에는, 환자가 그 명령에 복종하지
않을 수 있는 여지가 있는가가 책임능력판단에서 중요해진다. 만약
범죄행위를 명령하는 환청에 환자가 복종하지 않을 수가 없다면,
선택 발생의 단계에서 오로지 하나의 선택만이 목록에 나타나게
되고, 그 뒤의 단계들에 장애가 없는 한 자동적으로 실제 행위까지
이어지게 되는 것이다. Brahm 등은 명령의 심각도(severity of

command), 목소리의 친근함(voice familiarity) 등의 요소로 명령에의 복종 여부에 관련된 요인을 개관하였고,³³ Shawyer 등은 여러 요인들이 복잡한 상호 작용을 거쳐 환자가 명령 환청에 복종하는가의 여부에 영향을 준다고 하였지만,³² 어떠한 명령 환청이 의사결정과정 전체를 지배할 만큼의 복종 강제력을 지니는가에 대해서 아직 분명히 밝혀지지 않는 것이다.^{30,32}

한편, 김진환은 지금은 폐지된 미국의 더램 규정(Durham Rule) - 피고인은 그의 위법 행위가 정신질환 또는 정신의 결함의 소산이면 형사책임이 없다 - 의 법적 의의 중 하나로 ‘정신장애의 특정 증상의 표시를 피함으로써 법적 기준에 쓸모 없게 될지 모르는 정신장애 개념이 들어오는 위험을 제거한 것’을 들었으나,¹³ 위에서 언급된 대로 정신질환이 의사결정과정 각 단계의 장애를 초래해 형사책임능력에 영향을 미치는 기전, 즉 정신질환이 있더라도 그것이 의사결정과정에 미치는 영향에는 차이가 많고 특히 겉으로는 같아 보이는 증상도 전혀 다른 결과를 초래할 수 있다는 것을 떠올려 볼 때, 이는 비전문가가 쉽게 가질 수 있는 오해의 예를 보여주는 것이라 할 수 있겠다. 그리고 정신질환과 형사책임의 관계에 대한 이러한 오해는 법관의 판결을 통해 공정하지 못한 형사처분으로 이어질 수 있으므로 반드시 지양되어야 할 것이다.

이렇듯, Meynen이 제시한 의사결정과정의 모형은 정신질환자의 형사책임능력 판단이라는 혼란스럽고 어려운 작업을 단순화할 수 있는 훌륭한 도구이다. 그러나, 범행(actus reus)에 범의(mens rea)를 제공하는 환청이나 망상을 겪는 환자는 언제든지 형사책임을 면제 받을 수 있는가? 의사결정과정에서 선택 발생 단계의 손상이 생기면 곧 그 행위의 형사책임은 무효화되는가? 다음 장에서는 의사결정과정의 모형을 Meynen의 해석 그대로 대입할 경우 발생할 수 있는 문제들에 대해 예를 들어 살펴 보고, 이를 보완하기 위해서는 어떠한 추가 고려사항이 필요한지에 대해 논의하려 한다.

5. Meynen의 의사결정과정 모형에 대한 비판적 검토

환각과 망상이 선택 발생 단계에 영향을 주는 것은 명백하지만, 그 존재가 책임무능력으로 이어지는 충분조건이라고 할 수는 없다. 부정망상(infidelity delusion)을 가진 질투형 망상장애(delusional disorder, jealous type)의 경우를 생각해 보면, 이러한 증상을 겪고 있는 환자에게 주변의 모든 상황은 배우자의 외도를 시사하는 정보만을 제공하게 된다. 즉, 현실 인식이 철저히 왜곡되는 것이다.

그러나 이러한 상황에서 외도하는 배우자를 살해하는 선택이 필연적이지는 않다. 하루 종일 배우자를 감시하느라 일상적인 기능 수행에 심각한 지장을 겪거나 가족을 괴롭힐 수는 있으나, 단순한 부정망상 때문에 배우자를 살해하는 것이 형사책임 면제의 근거가 될 수는 없다. 현실에 대한 왜곡된 인식으로 인해 선택 발생의 단계에서 배우자 살해라는 선택이, 배우자에 대한 분노와 배신감이라는 정서적 가치를 지닌 채 떠오를 수는 있다. 그러나 아무리 부정망상이 강하더라도, 외도 사실(실제로는 망상에 불과하지만)을 묻어 두거나 이혼을 하는 다른 선택 역시 발생할 수 있다. 다음의 선택 선정 단계에서 여러 선택들 중 배우자 살해를 가장 매력적으로 평가하는 것까지도 큰 문제는 없다. 법정신의학의 입장에서 보면, 배우자 살해가 선택의 하나로 발생하여 여기에 대한 구체적인 계획까지 세우더라도 이는 관심의 영역이 될 수 없는 것이다. 범죄성을 가지는 것은 오직 실제로 수행된 행위일 뿐, 행위로 이어지지 않은 의도나 계획 자체는 본질적으로 범죄가 될 수 없기 때문이다.⁷ 행위 개시의 단계에 특별한 문제가 없는 한 부정망상을 가진 사람도 행위 개시의 단계에서 의식적으로 자신의 행위를 통제할 수 있으므로, 그 살해행위가 형사책임을 면제 받을 수는 없다.

한편, 소아성애(pedophilia)나 방화벽(pyromania), 또는 도벽(kleptomania)은 환청이나 망상 등의 정신병적 증상을 동반하지는 않지만 선택 발생 단계의 문제로 볼 수 있다. 그들에게는 이러한 정신질환을 가지지 않은 사람들에게는 좀처럼 떠오르지 않는 선택들—어린 아이와 성행위를 하거나 불을 지르거나 물건을 훔치는—이 복수(復讐)나 물질적 만족의 의도 없이 발생한다. 이러한 면에서 소아성애, 방화벽, 도벽은 알코올 사용 장애와도 구분이 된다. 알코올 사용 장애 환자의 음주 갈망은 강렬한 정서적 가치를 지닌 채 선택 발생 단계에서 출현하지만, 그 갈망 자체가 비정상적인 것은 아니다. 음주 결과에 대한 긍정적인 경험이 있는 사람이라면 누구든지 상황에 따라 음주 욕구가 발생할 수 있으므로, 알코올 사용 장애의 음주 갈망을 선택 발생의 문제로 볼 수는 없기 때문이다. 그렇다면, 이들의 정신질환이 선택 발생에 영향을 미치므로 이들의 의사결정과정은 전적으로 손상되었고, 따라서 그 행위에는 법적 책임을 물을 수 없는가? 소아성애자의 진단은 소아와의 실제 성행위를 필수 조건으로 내려지지는 않는다. 단지 어린이와의 성행위에 대한 강한 욕구 및 이로 인한 심각한 정신적 고통이나 대인관계의 지장이 초래되는 것만으로도 소아성애를 진단할 수 있다. 따라서, 소아성애자가 실제로 소아와

성행위를 하는 것은 의사결정과정의 근본적인 손상에 의한
필연적이고 일방적 결과라고 볼 수 없다. 또한, 소아성애자가
소아와 성행위를 하지 못 한다고 하여 생명의 위협을 느끼지는
않는다. 예를 들어, 소아성애자가 그의 범죄로 인해 성인감옥에
격리되어 소아와의 성행위 가능성을 박탈당한다고 해도, 그가 이로
인해 죽음에 이르지 않는다는 점이다. 방화벽과 도벽의 경우에도
마찬가지이다. 방화벽과 도벽은 진단 상 실제 행위의 수행을 필수
조건으로 한다는 점에서는 소아성애와 차이가 있지만, 이들이
행위의 가능성을 박탈당한다고 하여 자신의 생명을 포기할 위험에
처하지는 않는다는 점에서 같다. 즉, 범행에 이르게 한 이들의
선택은 자신의 생존이 아니라 만족을 추구했다는 점에서 공통된다.
여기서 만족이란 성적 쾌락일 수도 있고 극단적인 불안의 해소일
수도 있다. 그것이 무엇이었던 간에, 소아성애와 방화처럼 타인에게
중대한 손상을 입히는 행위에 대해 책임을 묻지 않을 수 있는
경우는 정당방위와 같이 자신의 생명을 보존하기 위한 동기에서
행동하였을 때뿐일 것이다. 이러한 측면에서 제4장에서 열거한
산후우울증 산모, 기면증 환자와 급속안구운동 수면 행동장애
환자의 행위는 면책이 가능하지만, 복수를 목적으로 배우자를
살해한 부정망상 환자나 소아성애자와 방화벽 환자의 행위는

면책으로 이어질 수 없다. 다만, 도벽 환자의 절도의 경우 실제로 처벌보다는 치료 결정을 받는 경우가 많은데, 이는 초래하는 손실이 대체로 사소하여 중한 처벌의 대상이 되는 경우가 드물기 때문일 것이나, 엄밀한 판단 하에서는 도벽 역시 면책의 이유로는 충분하지 않다고 본다. 정리하면, 정신질환이 의사결정과정의 선택 발생 단계에 손상을 입혔더라도 이것이 형사책임 면제의 이유가 되기 위해서는 생명의 보존을 제외한 개인적인 만족의 추구가 부재하였음을 증명해야 한다.

한편, 죽음에 처한 자신의 아이를 구조하지 않은 지적 장애 어머니의 경우를 다시 살펴 보자. 이 여성은 인지 기능의 장애로 인해 아이가 위험에 처한 것을 알아차리지 못 했으나, 횡단보도를 건널 때 차에 치이지 않도록 신호등 앞에서 기다리고, 가스 불에 직접 손을 대지 않을 정도의 판단은 할 수 있다. 이렇듯 기본적인 자기 보호를 위한 가-불가의 행동양식을 습득하였다고 해서, 다양한 상황에서 이 여성의 현실 검증(reality testing)이 온전하다고 볼 수는 없다. 선택 발생의 바탕이 되는 현실 인식의 기본 요건은 현실 검증력이라고 할 수 있고, 지적 장애 여성은 현실 검증력의 손상으로 인해 적절한 선택이 발생할 기회를 갖지 못 한 것이다. 유아살해(infanticide)를 저지른 산모의 경우도 비슷하다.

그녀가 다른 가족들이 집을 비울 때를 기다려 아기를 살해하였다면, 옳고 그름을 알았던 것이기에 법적으로는 제정신(legally sane)이어서 온전한 형사책임을 져야 하는가? 그녀는 아기가 악마이고 자신과 가족들의 목숨을 노린다는 망상으로 인하여 현실 검증력을 잃은 상태이다. 반드시 아기를 살해해야 하지만 이러한 행위가 나머지 식구들의 방해를 받는다는 것은 알고 있으며 따라서 그 방해가 없는 상황에서 아기를 살해했다는 것이 현실 검증력이 온전하다는 증거가 될 수는 없다. 현실 검증력이 손상된 만성 정신병 환자들도 대체로 정해진 일상의 기능을 수행하는 데에는 어려움이 없고, 단순한 문제 해결 상황에서 판단을 내리는 데에는 두드러진 장애를 드러내지 않는다. 반면에, 위에서 언급한 부정망상 환자의 경우, 비록 그 망상이 현실과는 전혀 다른 그릇된 믿음이지만 현실 검증력의 손상을 동반하는 비현실적 믿음은 아니다. 따라서, 정신질환이 현실 검증력의 손상을 초래하였다면 이는 선택 발생의 가장 근본 바탕을 손상시킨 것이므로 행위자의 면책으로 이어질 수 있다.

마지막으로, 위에서 언급한 뚜렛 병 환자에 대해 검토하고자 한다. 앞서 살펴보았듯이, 뚜렛 병 환자의 틱은 의사결정과정에서 행동 개시 단계의 문제로 볼 수 있다. 선택 발생과 선택 선정까지

진행되었던 의사결정의 단계와는 무관한 행동이 개시되기 때문이다. 이처럼 의사결정과정의 가장 마지막 단계에서 문제가 생겼으므로 그 행위는 그만큼 형사책임으로부터 자유로울 가능성이 적은가? 한적한 거리에서 집 현관을 수리하던 뚜렛 병 환자가 틱으로 인해 망치를 휘둘러서 길을 물으러 다가온 행인의 머리에 치명상을 입혔다 하더라도, 그에게 형사책임을 물을 수는 없을 것이다. 이러한 점에서 의사결정과정의 연속성을 반드시 고려하여야 한다. 즉, 위의 경우에서처럼 범행과 범의를 연결하는 의사결정과정의 고리가 단절되었다면, 범행은 범의를 결여하므로 범죄성이 없다고 볼 수 있다.

이처럼 의사결정과정의 세 단계 모형이 법정신의학의 현실에 원형 그대로 편리하게 적용될 수 있는 만능의 모형은 아니다. 이 모형을 통해 실제 상황에서 정신질환이 면책의 근거가 됨을 증명하기 위해서는, 정신질환으로 인해 발생한 선택이 행위자의 생명을 보존하기 위한 것 외의 자기 만족을 추구하지는 않았는지, 행위가 온전한 의사결정과정의 결과물인지, 그리고 정신질환이 행위자의 현실 검증력에 손상을 입혔는지의 여부를 추가로 고려해야 할 것이다. 그러나 의사결정과정에 대한 다른 연구들에서는 비교적 간과되었던 제일 첫 단계, 선택 발생 단계의 장애가 최종 행위에

미치는 영향에 주목한 것이나 의사결정과정에 행위 자체를 포함시켰다는 면에서,⁷ Kalis 등의 세 단계 의사결정과정 모형은 법정신의학에서 기존의 다른 모형들³⁴⁻³⁶보다 훨씬 유용하다고 할 수 있다. 또한, 정신질환이 형사책임능력에 미치는 영향을 의사결정과정을 매개로 구체적으로 서술할 수 있고, 특히 정신질환이 장애를 초래하는 단계가 어디인가에 따라 그 영향의 심각성의 정도를 비교적 합리적으로 설명할 수 있으므로, 만족 추구의 여부, 연속성, 현실 검증력 손상에 대한 추가적인 고려를 덧붙인다면, 정신의학의 비전문가인 실무 법관들에게도 전문적인 지식을 포함하는 법정신의학자의 판단의 근거를 보다 수월하게 설득시키는 데에 상당한 도움이 될 것으로 보인다.

6. Richard Trenton Chase와 Jeffrey Dahmer

이 장에서는 범행 당시 정신질환을 가지고 있던 것으로 알려져 있는 실재했던 두 명의 연쇄살인범들의 경우를, 지금까지 설명한 의사결정과정의 모형에 추가 고려사항을 포함하여 살펴보려 한다. 정신질환자의 범죄로서 연쇄살인은 극단적인 경우이기는 하나 그 정신병력과 판결에 대한 정보의 접근이 용이하고, 실제로도 극단적인 인명사상의 범행에 대해서 가장 엄중한 처벌이 뒤따르기

때문에 정신질환과 형사책임의 관련성이 가장 적극적으로 논의되는 경우이므로, 구체적인 예로서 선택하였다.

*Richard Trenton Chase*³⁷

1950년 출생한 체이스(Chase)는 어릴 때부터 방화와 동물학대를 일삼았다. 10세 이전에 고양이들을 죽였으며, 침대에 이르러서는 마리화나를 피우고 약에 취한 채 사소한 문제들을 일으켰다. 지속되는 발기 부전으로 여성들과 성관계를 가지는 데 실패하자 18세에 정신과의를사를 찾았으며, 당시 정신과의사는 체이스가 정신질환을 앓고 있을 가능성을 염두에 두었으나 특별한 조치를 취하지는 않았다. 부모와 따로 살게 되면서 룸메이트들은 그의 기괴한 행동에 대해 불평하였고, 당시 체이스는 자신의 침실 옷장에서 사람들이 침입해 들어온다며 옷장 문에 못질을 하기도 하였다.

체이스는 곧 자신의 신체에 무언가 문제가 일어나고 있다는 생각에 사로 잡혔다. 한 번은 응급실에 스스로 방문하여 자신이 폐동맥을 도둑 맞았으며, 머리 뒷부분으로 두개골이 빠져 나오고 있고, 위장이 뒤집혔으며, 심장이 때때로 멈춘다는 증상을 호소하였다. 이 무렵 체이스는 다른 정신과의사로부터 편집형 조현병을 앓고

있다고 진단받았으나, 72시간 관찰 후 본인의 희망에 따라 귀가하였다. 체이스는 곧 토끼들을 직접 사냥하거나 구입하여 내장을 생으로 먹기 시작하였고, 자신의 심장이 몸 안에서 사라지는 것을 막기 위해 토끼의 피와 내장을 믹서에 갈아 마시기도 하였다. 한 번은 토끼의 피를 자신의 정맥에 직접 주사하려다가 심하게 앓은 적도 있었다.

결국 신체망상(somatic delusion)을 가진 조현병 진단으로 치료감호 처분이 내려졌지만, 항정신병약물(antipsychotics) 투여에도 불구하고 증상에는 뚜렷한 호전이 없었다. 1976년 병원에서 탈출한 체이스는 어머니의 집으로 갔으나 다시 병원에 보내졌고, 입원 중에도 토끼의 피를 마시는 이야기를 즐겨 하면서 때로는 입에 피를 묻힌 채 돌아 다니기도 하였다. 그의 병실 창가에서는 목이 부러진 죽은 새들이 발견된 적도 있었다.

병원에서 퇴원한 뒤에는 어머니가 세를 대신 내주고 식료품을 공급해주는 상태로 아파트를 얻어 혼자 살았다. 체이스는 고양이, 개, 토끼 등의 동물들을 훔치거나 구입한 뒤 죽여서 그 피를 마셨으며, 개를 찾는 전단지를 발견하고는 그 가족에게 전화를 걸어 자신이 개에게 무슨 짓을 했는지 이야기하기도 했다. 퇴원 시 약물처방을 받았으나 그의 어머니는 체이스가 약물을 복용할

필요가 없다며 약물 중단을 권했고, 그가 혼자 지내도록 방치하였다.

총을 구입하여 연습을 하던 체이스는 1977년 말, 자신의 집 앞에서 차에 실은 짐을 내리던 51세의 남성을 총을 쏘아 살해하였다. 이후 약 한 달 동안, 체이스는 자신의 거주지 근처 여러 집 주위를 어슬렁거리며 무작위로 침입을 시도하였다. 문을 열고 들어가려다 잠겨 있으면 돌아섰으며, 열려있는 집에 들어가서 물건을 훔친 뒤 가구들에 배변을 하기도 하였다. 검거 이후의 면담에 의하면, 어떤 집의 문을 열려고 시도했을 때 잠겨있으면 쉽게 돌아섰던 것에 체이스는, 문이 잠겨있다는 것은 자신이 환영 받지 못 한다는 표시였기 때문이라고 대답하였다.

마침내 어느 집의 열린 문으로 들어간 체이스는 쓰레기를 치우던 젊은 주부를 총으로 쏘아 살해한 뒤 그 사체를 무참하게 손상하였다. 범행 현장에서는 체이스가 쓰레기통에서 주운 요거트 용기에 피를 담아 마신 증거가 발견되었으며, 사체 옆에는 바구니의 바닥 형태로 혈흔이 남아있었다.

이로부터 며칠 뒤 오전, 체이스는 한 집에서 네 명을 살해하였다. 38세 주부와 그녀의 6세 아들, 그녀가 돌보던 어린 조카와 놀러 와 있던 51세의 남자 이웃이 살해당하였다. 여성의 사체는 심하게

손상되었고 항문성교의 증거도 발견되었다. 어린 조카는 살해 현장에서 발견되지 않았으나 누워있던 침대에 다량의 혈흔이 있었고, 후에 체이스가 아기 시체를 집으로 가져가 내장과 혈액을 먹은 것으로 밝혀졌다.

체이스는 대낮에 남루하고 피가 묻은 옷차림으로 돌아다녔으며, 살인현장 여기저기에 지문과 발자국을 남겨 두었다. 그는 살인을 저지른 뒤 검거되기 전에 고등학교 동창인 여성을 길거리에서 알아보고 다가가 앞뒤 없이 고등학생 때의 일을 묻기도 하였으며, 여성은 체이스의 이름을 듣기 전까지 너무 많이 변한 그의 모습 때문에 그를 알아보지도 못 하였다.

검거 후 그의 아파트 수색 결과, 집 전체가 혈흔으로 가득하였다. 개 목걸이 몇 개와 동물의 뼈 조각들이 발견되었고, 한 식기에서는 아기의 뇌 조각이 검출되었다.

재판 전 십 수 명의 정신과 의사가 체이스를 검사하였으며, 한 명의 의사는 그가 조현병 환자가 아니라 반사회적 인격장애(antisocial personality disorder) 환자라고 하였다. 의사들은 체이스의 사고 과정(thought process)은 온전하며, 자신의 행위를 알고 있었고 그것이 옳지 않다는 것도 알고 있었다고 판단하였다.

재판 과정에서 체이스의 변호인은 정신이상에 의한 무죄(NGRI, not

guilty by reason of insanity)를 주장하였으나, 체이스는 자신이 무엇을 하는지 알았고 옳고 그름을 분별할 수 있었던, 성적 가학자(sexual sadist)이자 구원 받을 수 없는 괴물이라는 검사의 주장대로 여섯 건의 살인에 대해 일급살인 판결을 받고 가스실 처형을 기다리게 되었다.

사형선고 뒤 FBI 요원과의 면담에서, 체이스는 비누접시 중독(soap-dish poisoning)을 언급하였다. 그는 사람은 누구나 자신만의 비누접시를 가지고 있으며, 비누접시를 들어올려 바닥이 말라있으면 이상이 없는 것이지만 끈적하게 젖어있으면 그것은 중독의 증거이고, 그 결과 혈액이 가루가 되어 죽게 된다는 것이다. 체이스는 자신이 비누접시 중독에 걸려있기 때문에 피를 마셔야 했다고 주장하였다. 또한, 체이스는 자신이 유대인이기 때문에— 실제로는 아니었다— 이마에 다윗의 별이 새겨져 있으며, 나치가 UFO를 조종하여 자신에게 텔레파시를 보내 사람을 죽여 피를 보충하라고 명령한다는 망상도 보고하였다. 면담이 종료될 때 체이스는 마카로니와 치즈가 엉겨있는 그릇을 FBI 요원에게 건네며 독극물 검사를 해 달라고 부탁하였다.

교도소에 수감되어 있는 동안 동료 수감자들은 체이스를 흡혈귀라고 부르며 자살을 종용하였다. 1980년 말, 체이스는 그

동안 감옥에서 처방 받았던 독세핀(doxepine, 삼환계 항우울제의 일종) 모아 둔 것을 한꺼번에 복용하여 자살하였다.

Jeffrey Dahmer^{38,39}

다머(Dahmer)는 1960년에 태어났다. 화학자인 다머의 아버지가 아들의 사후 퍼낸 책에 의하면, 다머는 아주 어린 시절부터 적절한 시선 처리에 어려움이 있었고 감정이 없는 듯한 표정을 자주 보였으며, 입매를 잘 움직이지 않았다. 또한 이상할 정도로 몸짓이 뻣뻣하였고, 무릎을 굽히지 않은 채 발을 끌듯이 걷곤 하였다. 네 살 때 다머는 집 아래 틈에서 모은 작은 동물들의 뼈를 바구니에 모아 들고 다녔고, 때때로 바구니 안으로 손을 깊숙이 넣어 뼈 조각들을 한웅큼 쥔 다음 다시 떨어뜨리면서 그 때 나는 소리를 매혹당한 듯한 표정으로 집중해서 들었다. 여섯 살 무렵에는 다머의 사회적 고립이 명백해졌다. 다머는 또래들과의 놀이에 전혀 관심을 두지 않았으며, 환경의 변화를 극도로 꺼리게 되었다. 익숙한 일상 외의 모든 것에 공포심을 나타내었으며, 피상적인 인간 관계가 가끔은 있었지만 상호 작용은 거의 없었다. 한편으로는 죽은 동물들의 뼈에 더욱 매혹되어, 노상에서 죽은 동물 시체를 모아 아버지에게 배운 화학지식을 이용하여 살을 녹인 뒤 뼈를 모았다.

청소년이 된 다머는 여전히 스스로 고립되어 있었고, 교실에서 술을 마실 정도로 알코올 문제가 있었다.

고등학교를 졸업한 직후인 1978년 중순에 다머는 첫 번째 살인을 저질렀다. 동성애자였던 다머는 자신의 차를 얻어 탄 히치하이커와 성관계를 가진 뒤 맥주를 마시며 이야기를 나눴으나, 그가 떠나려 하자 둔기로 머리를 쳐서 살해하였다. 시체는 토막을 내어 집 뒤 숲 속에 매장하였다.

살인에 대해서는 알지 못 하였으나 아들의 음주와 사회 부적응에 대해 걱정하던 부모의 권유로, 같은 해 가을 다머는 주립대학에 입학하였으나 한 학기 만에 그만 두게 되었다. 1979년 초에는 아버지에 의해 강제로 육군에 입대한 뒤 독일에서 복무하였으나, 2년 만에 상습적인 음주 등의 문제로 방출되었다. 한편, 다머가 독일에서 복무하는 동안 주변에서 남성들이 연속적으로 살해당하는 사건이 발생하였으나, 아직 미제사건으로 남아있다.

미국으로 돌아온 뒤 다머는 잠시 직업을 가지기도 하고 음주도 자제하는 듯하였으나, 사회생활에 좀처럼 적응을 하지 못 하였고 공공장소에서 자위를 하거나 취해서 난동을 부리는 등의 일로 경찰에게 반복적으로 체포되었다.

1987년 게이바에서 만난 남성과 성행위를 한 뒤에 다머는

만취상태에서 상대를 살해하였다. 이로부터 1991년까지 다머는 모두 17명의 남성을 살해하였는데, 그 대부분은 흑인이었다. 세 번째의 살인부터는 사진 촬영의 모델이 되어달라거나 돈을 주겠다는 조건으로 희생자를 유인하여 약을 탄 술을 마시게 한 뒤에 살해하였고, 살해 뒤 시체와 반복적으로 성관계를 가지거나 시체를 해부하는 과정을 사진으로 남기기도 하였으며 시체의 일부를 먹기도 하였다. 또한 머리와 성기 등의 부위를 화학적으로 처리하여 기념품으로 간직하였으며, 약에 취한 희생자의 두개골에 구멍을 뚫고 염산을 부어 자신의 명령에 절대 복종하는 좀비를 만들고자 반복적으로 시도하였다.

이러한 과정에서 다머는 동양인 소년을 유인한 죄로 집행유예를 선고 받아 1년 동안 교정시설로 출퇴근하며 살인 행위를 멈추기도 하였다. 그리고 14세의 또 다른 동양인 소년이 다머가 집을 잠시 비운 사이 약에서 깨어나 벌거벗은 채로 도망친 일도 있었다. 새벽 2시에 벌거벗은 상태로 길을 달리는 소년은 신고를 받은 경찰에 의해 다머의 집으로 돌아오게 되었는데, 이 때 다머는 침착한 태도로 소년은 19세이며 자신과 연인 관계인데 다툼이 있어 경찰을 귀찮게 했다고 정중하게 사과하였다. 경찰이 다머의 말을 믿고 수색 없이 소년을 다시 집 안으로 들여보낸 직후, 다머는 소년의 목을

줄라 살해한 뒤 평소대로의 행위를 진행하였다.

1991년 여름, 약에서 반쯤 깨어난 남성이 다머를 가격하고 달아남으로 해서 다머의 살인 행각은 끝이 났다. 한쪽 손목에 수갑을 찬 채 탈출한 남성은 경찰을 인도하여 다머의 아파트로 돌아왔고, 다머는 동양인 소년 때와 마찬가지로 문제를 일으킨 것에 대해 정중하게 사과하면서 수갑 열쇠를 내어 주었다. 그러나 경찰은 집 안을 수색하였고, 폴라로이드 사진 뭉치와 집 안 곳곳에 놓여있는 시체 부위, 시체를 요리하다 만 식기 등을 발견하게 되었으며, 자신의 정체가 드러나는 순간 격렬하게 저항하던 다머를 체포하였다.

재판 과정에서, 다머의 변호사는 다머의 끔찍한 범행을 열거하며 정상적인 인간이라면 저지를 수 없는 범죄이므로 그가 정신이상임을 강변하였고, 검사는 다머가 희생자들을 유인하기 위해 썼던 교묘한 수법들과 부대 내 다른 군인들이나 대학교의 다른 학생들에게는 범죄를 저지르지 않았던 점을 강조하며 법적으로 정상인 잔인한 살인마임을 주장하였다. 다머의 법적책임에 관한 정신의학자들의 의견은 반으로 나뉘었다. 오랜 공방 끝에, 다머는 기소된 모든 살인에 대해 무기징역을 선고 받았다.

다머는 선고 후 재판정에서, 자신이 저지른 행위가 어떠한 해악을

끼쳤는지 모두 알고 있으며, 자신은 결코 풀려나지 않기를 바라고 차라리 죽기를 원한다고 하였다. 또한 재판을 통해 자신이 병을 앓고 있음을 알게 되었고, 이로 인해 마음의 평화를 찾았다고 언급하였다. 이후 교도소 생활에 잘 적응하여 모범수로 수감 중이던 다머는, 1994년 함께 작업 중이던 흑인-스스로를 신의 아들이라 믿고 있는 조현병 환자-에 의해 머리를 가격당하여 사망하였다.

위 두 명의 살인자들은 모두 정신질환을 앓고 있는 것으로 알려져 있다. 체이스는 편집형 조현병(schizophrenia, paranoid type)을 앓고 있었으며, 다머는 그를 진찰한 의사나 그의 생애에 대한 정보를 기본으로 하여 분석한 정신의학자의 논문을 통해 아스퍼거 질환(Asperger's disorder, DSM-5에서는 진단명이 사라지고 autistic spectrum disorder에 통합되었다.) 환자였음이 알려져 있다. 그럼에도 불구하고 둘 다 형사책임이 온전하다는 판결을 받았다.

체이스는 망상에 의해 현실 검증력이 철저히 손상된 상태였다. 이러한 상태에서 발생한 선택은 자신의 혈액이 가루가 되는 것을 막아 생명을 보존하기 위한 행위로 집중되었다. 범행의 과정에서 그가 피해여성의 사체를 유린한 것이나 어릴 때부터 동물학대 등의

잔혹성을 나타낸 사실은 언뜻 그의 살인행위에 대한 평가를 혼란스럽게 만들기도 하나, 체이스의 경우 사형을 선고 받은 여섯 건의 살인에 이르는 의사결정과정의 출발선에서부터 조현병의 영향을 받았고 이로 인해 선택 발생의 단계에 심각한 장애가 발생하였음을 부인할 수는 없다. 따라서, 체이스는 자신의 행위에 형사책임을 질 수 없었으며, 처벌이 아닌 치료를 받았어야 한다.

반면, 다머의 아스퍼거 질환은 인간 사이의 복잡한 상호 작용에 대한 두려움에서 기인한 것으로 짐작되는 시체와의 관계에 대한 일방적인 선호에 영향을 주었을 수는 있으나, 의사결정과정 자체에 지배적인 영향을 행사하지는 않았을 것이다. 즉, 아스퍼거 질환으로 인하여 선택 발생 단계에서부터 왜곡이 있었다하더라도, 살인에 이른 그의 선택은 자신의 생존이 아닌 성적 만족을 목적으로 하였으며, 현실 검증력 자체의 손상이 있었다고는 볼 수 없다. 사회생활에 적응을 하지 못 하는 것이 현실 검증력의 장애를 곧바로 의미하는 것은 아니며, 자신이 처한 복잡한 위기상황에서 인지적인 능력을 발휘하여 벗어났던 사실로 미루어 보아도 다머의 현실 검증력에 문제가 있었다고 보기는 어렵다. 따라서, 다머는 자신의 행위에 형사책임을 져야 한다는 결정이 옳았다.

지금까지 논의된 형사책임과 정신질환의 관계를 염두에 두고, 마지막 장에서는 국내 형법에서 정신질환자의 형사책임을 어떻게 다루고 있는지를 살펴 보려 한다.

7. 정신질환과 형사책임에 대한 국내 형법의 입장

국내 형법 제10조 제1항은 ‘책임능력과 관련하여 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다’고 책임무능력을 규정하고, 제2항은 ‘심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다’고 한정책임능력을 규정하고 있을 뿐, 그 심신장애의 의미는 적극적으로 규정하거나 그 내용을 열거하지 않고 있다.^{13,40} 다만, 특별법인 정신보건법 제3조 제1호에서는 ‘정신질환자라 함은, 정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적 정신장애를 가진 자를 말한다’라고 규정하고 있어, 정신장애를 분류하는 법적 기준으로 중요한 참고가 되고 있다.¹³

이 논문에서 자세한 설명을 하지는 않겠지만, 형법 상 심신장애와 관련하여 책임능력을 판단하는 기준에는 행위자의 생물학적 비정상 내지 병리학적 요인의 유무를 따라 책임능력을 결정하는 생물학적

방법, 행위자가 어떤 이유에서인가를 불문하고 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력(제어능력)이 없으면 책임능력이 없다고 규정하는 심리학적 방법, 그리고 이 둘을 혼합하여 생물학적 관점에서는 행위자가 정신장애를 가지고 있는지를 판단한 다음 이를 기초로 심리학적 관점에서 이러한 정신장애가 사물변별능력이나 의사결정능력에 어느 정도로 영향을 미쳤는지를 판단하여 종국적으로 책임능력의 존부를 판정하는 혼합적 방법의 세 가지가 있다.^{40~42}

형법 제10조 제1항의 내용에서 분명하게 알 수 있듯이, 국내 형법은 심신장애와 관련한 책임능력 판단에 있어 혼합적 방법을 취하고 있다. 따라서 생물학적 요인, 즉 정신질환과 관련하여 수사기관이나 법관이 전문가의 의견이 필요하다고 여길 때 감정을 요청하게 된다. 감정인의 자격에 대해서는 형사소송법 제169조에 ‘학식·경험 있는 자’라고만 규정되어 있으며, 형사소송법 제179조의 2에 따르면 개인 뿐만 아니라 병원, 공무소, 학교 등 단체 또는 기관에 대해서도 감정을 명할 수 있게 되어 있다.⁴¹ 원래 피고인의 정신감정은 치료감호소에 감정유치를 하여 감정절차를 진행해 왔으나, 최근에는 치료감호소의 과중한 업무 부담으로 인하여 일반 정신과의사는 물론이고 정신의학 학위나 정신과 의사로서의 자격이

없는 (범죄)심리학자, 임상심리사 등으로만 구성된 감정기관에서 피고인의 정신감정결과를 법원에 제출하는 예도 많다고 한다.^{41,43}

이렇게 제출된 정신감정결과는 국내 형법이 취하고 있는 자유심증주의의 원칙에 따라 그 수용 여부가 전적으로 법관의 자유로운 판단에 맡겨져,⁴⁴ 원칙적으로 감정인의 감정결과에 대해 법원은 다른 결과를 인정하거나 감정의견 가운데 소수 의견을 따를 수도 있으며 일부만을 채용할 수 있게 되어 있다.³⁹

앞의 장들에서 설명한 의사결정과정의 모형을 기초로 국내 형법의 내용을 검토할 때 가장 먼저 문제가 되는 것은, 심신장애의 정도를 구분하는 심신상실과 심신미약 개념의 모호성이다. 심신상실과 미약의 구분은 곧 형벌을 전혀 부과하지 않는가 혹은 경감하는가로 이어지는 중요한 판단임에도 불구하고, 증상이 드러나는 심각성에 대한 감정인의 주관적인 인상에 의해 심신장애의 정도에 대한 일차 평가가 이루어지고, 그 의견을 참고하여 정신의학에 대해서는 비전문가인 법관이 심신상실과 심신미약을 구분하고 있다. 법적 결정을 최종적으로 법관이 내리는 것에 대해 문제가 있다고 할 수는 없다. 다만 심신장애라는 용어가 간접적으로나마 정신질환과 연결되어 있고-실제로는 거의 같은 의미로 쓰이고 있고- 또한 생물학적 요인인 정신질환을 책임능력에 영향을 미치는 요소로

분명히 인지하고 있어 그 판단에 대한 혼합적 방식을 취하고 있음에도, 그 평가가 이처럼 막연하게 이루어지고 있는 것은 문제가 있다. 따라서, 심신상실은 정신질환으로 인해 의사결정과정의 선택 발생 단계에 중대한 손상이 발생하였거나 의사결정과정의 온전성이 유지되지 못한 개념으로, 심신미약은 정신질환이 의사결정과정의 영향을 미치기는 하였으나 심신상실의 정도에 이르지 못한 개념으로 파악하는 것이 보다 합리적이고 안전한 방식이 아닐까 생각한다.

이미 언급하였듯이, 자유심증주의에 의하여 법관은 법정신의학적 증거의 가치를 판단할 권한을 부여 받고 있다. 그러나 정신감정결과와 판결의 일치율이 50~60% 사이에 놓여있다는 사실은,^{29,45} 실제로는 의학적 판단의 보조 없이 법관이 자신의 일반적인 상식에 근거하여 자의적인 판결을 내리고 있다는 것에 대한 방증이라고 볼 수 있다. 그리고 이는 그만큼 정신감정의 결과가 비전문가인 법관의 입장에서 신뢰를 가지기에 충분한 정보를 제공하지 못 하고 있다는 사실을 시사한다.

법정신의학적 평가가 가급적 객관성과 사실성을 가지게 될 수록, 자유심증주의 하에서조차 정신질환 범죄자의 형사책임에 대한 법관의 판단은 자의성에서 벗어날 수가 있을 것이다. 이는 피고의

헌법적 권리는 보장하기 위해서도 필수불가결하다. 이러한 측면에서 의사결정과정을 통한 평가는 의미가 있다 하겠다.

위에서 논의된 대로, 정신질환을 가진 행위자의 범죄행위가 반드시 그 질환으로 인해 초래된 것이라고 볼 수는 없다. 그리고 일반인의 상식 선에서 볼 때 심각해 보이지 않는—환청이나 망상 등의 뚜렷한 이상 증상을 보이지 않는—정신질환을 가지고 있다 해서 그 환자의 범죄는 일반인의 범죄와 그 성격이 크게 다르지 않다고 함부로 예단해서도 안 된다. 실무에 있는 법관이 정신의학적 전문 지식에 해박할 필요는 없으나, 정신질환과 범죄행위 사이에 상관관계가 있어 그 결과물이 법의 영역에 속하는 부분이 있으며, 특히 정신질환자의 일반 범죄율 자체는 크게 높지 않으나 중범죄의 경우 그 비율이 상대적으로 높다는 점을 고려할 때,^{13,46} 이에 대한 최종 판결의 책무를 맡은 법관은 정신질환이 형사범죄에 연결되는 고리에 대해서는 제대로 이해하고 있어야 한다. 그러나 복잡다단한 전문가적 지식을 모두 알기는 어려우므로, 정신질환이 범죄행위에 영향을 미치는 그 관계성을 의사결정과정으로 풀어서 분석 평가하고 그 논리를 설명하는 것은, 비전문가인 법관이 이해하기가 더욱 쉽고, 따라서 과학적 근거에 보다 쉽게 접근하여 가급적 객관적인 판단을 내리도록 도울 수 있는 귀중한 수단이라 할 수

있다.

마지막으로, 형법 제11조에서 농아자를 한정책임능력자로 분류한 점은 의문을 남긴다. 지금껏 논의한 의사결정과정에 비추어 봤을 때, 다른 장애가 동반되지 않는 한 농아자의 책임능력에 어떠한 흠결이 발생한다는 것인지 언뜻 이해가 되지 않는다. 이는 국내 형법이 서로 전혀 다른 개념인 재판받을 능력(competency to stand trial)과 책임능력을 혼동하고 있다는 방증으로 보이며, 정확한 형사책임 유무의 판단을 위해서는 개념의 정리가 필요해 보인다.

고 찰

법학과 정신의학은 모두 사회적 존재로서의 인간을 그 대상으로 한다. 극단적인 가정을 한다면, 정신의학이 다루는 가장 심각한 질환 중 하나라고 할 수 있는 조현병의 양성증상으로 인한 자해의 위험이나 음성증상으로 인한 극도의 무기력, 식물적 상태는 타인과의 관계가 전혀 없는 한 인간에 대해서라면 관심과 치료의 대상이 될 수 없다고 말할 수 있을 것이다. 오로지 홀로 존재하는 인간에 대해서 자신을 죽음에 이르게 하는 자해를 가하는 것이나 아무 것도 하지 않는 극단의 무기력이, 그것을 지켜보는 주변인의 공포나 감정적 고통, 그러한 존재를 감당해야 하는 사회적 비용을 고려하지 않는다면 어째서 치료의 대상이 될 것인가? 이러한 가정 하의 상황은 관념적인 형이상학적 논의의 대상은 될지언정 정신의학의 고민의 대상은 아닐 것이다.

의학은 본질적으로 자연과학이자 응용과학이기도 하나 한편으로는 사회과학이기도 하며, 특히 정신의학은 그 출발선이 되는 진단체계에서부터 정신질환을 사회적 기능의 손상, 개인의 자유의 손상으로 규정하고 있다. 정신의학과 법학 간에는 그 목적이 치료와 처분이라는 차이가 존재하기는 하나, 사회 속에 존재하는 인간 및

그 행위를 처리하려는 점에서는 근본적으로 다르지 않다. 이러한 법학과 정신의학이 만나는 분야가 법정신의학이며, 법정신의학의 가장 중요한 역할은 정신질환자의 책임능력 판단이라 할 수 있다. 그러나 현실적으로는, 이 핵심적인 기능을 수행하는 데에 과학적, 합리적 근거를 제공할 만한 이론적 모형이 아직 존재하지 않는 실정이며, 따라서 국가 별로 서로 다른 법제도의 테두리 안에서만 그 연구와 적용이 이루어지고 있는 편이다.⁴ 이러한 국제적인 교류의 한계는 다시 보편적인 이론 연구의 부재로 이어지고, 법정신의학 분야의 획기적인 발전을 저해하는 장애물로 작용한다. 이 논문에서 제시한 모형은 각기 다른 법 현실에 구속 받지 않고 인간의 의사결정과정에 대한 보편적인 판단을 가능하게 함으로써, 법정신의학의 국제적 연구를 촉발하는 바탕이 될 수 있다는 데에 그 첫 번째 의의가 있다.

두 번째 의의는 법관과 정신의학자 간의 의견 차이를 최소화할 수 있다는 점에서 찾을 수 있다. 정신과 의사가 환자를 대할 때 가장 근본이 되는 것은 공감이다. 법정신의학자는 업무 상 그 대상자를 치료의 대상으로 보기보다는 법적 문제에 관한 판단의 대상으로 우선 대하게 되고, 기밀 준수의 원칙에 매이지 않고 관련 정보를 법 실무자에게 공개하는 등 일반적인 정신과 의사와는 다른 입장에서

상대를 대하지만, 습관적으로 문제 행위의 원인을 정신사회적 배경이나 정신질환에서 찾는 경향이 있다. 이 때문에 법 관련자들은 정신과 의사의 형사책임에 대한 판단이 동정적, 치료중심적이라는 인상을 가지게 되고, 법정신의학적 판단을 신뢰하지 않기에 그 결과보다 엄격한 방향으로 판결을 내리는 경향이 있다. 그러나 의사결정과정의 모형을 통해 대상자의 성장 배경에 대한 고려 등 주관적이고 자의적일 수 밖에 없는 정신사회적 분석을 철저히 배제하고, 범죄행위와 관련된 환자의 의사결정과정이 어떻게 어느 정도까지 정신질환에 의해 영향을 받았는지만을 객관적, 과학적으로 분석하면 이러한 문제는 상당 부분 해결될 수 있으리라 본다. 조금 더 정교한 수정을 거친다면, 정신질환이 형사책임을 완전히 무효화하는지의 여부는 의사결정과정의 모형으로 상당히 정확하게 판단할 수 있을 것이다. 그 외 정신질환이 영향을 미치기는 하였으나 형사책임을 완전히 부정하기는 어려운 경우, 범죄성에 대한 최종 판결(ultimate decision)은 당연히 법관의 몫으로 남는 것이 옳다고 본다. 극빈층의 여성이 아이의 분유를 훔친 것에 대해 상대적으로 가벼운 형을 부여하듯이 정신질환자가 아닌 범죄자들의 행위를 판단할 때 법 정서나 여론을 고려한 판결을 내리는 것과 마찬가지로, 법정신의학자의 행위자

의사결정과정의 흠결에 대한 냉철한 분석결과를 증거 삼아 최종 판결을 내리는 것은 어디까지나 법관의 권리이자 의무라 할 수 있다. 이렇게 법정신의학자의 역할을 책임무능력 여부 및 정신질환이 의사결정과정에 영향을 미침으로써 최종적으로 책임능력에도 일부 손상을 가져왔는지의 여부를 판단하는 것에만 한정한다면, 정신의학적 판단에 의한 불신으로 인해 책임을 물을 수 없는 정신질환자에게 치료 대신 처벌을 명하는 불상사를 최소화할 수 있으리라 본다.

마지막으로, 의사결정과정의 모형은 정신질환자 외 형사책임능력이 문제가 되는 경우에도 적용해 볼 수 있다. 예를 들어 미성년자의 형사책임을 생각해 보자. 미성년이 형사책임을 면제 받는 근거는, 온전한 현실검증력과 충동조절능력, 행위 결과에 대한 이성적인 평가가 미성년의 경우에는 부족하다는 가정에서 비롯된다. 이는 정신지체를 비롯한 다양한 정신질환에 의한 책임면제와 상통한다. 그러나 미성년, 특히 일반 정서 상 성인과 다른 없는 청소년의 잔혹 범죄에 대해서까지 형사책임을 면제해 주는 것과 관련하여 지속적으로 논란이 있어 왔고, 개인 차에 따라 형사책임능력을 만족하는 연령에도 상당한 편차가 있지 않는가 하는 의문도 존재한다. 이러한 문제에 대한 하나의 해결책으로, 인간의 발달단계

상 일반적인 성인 수준의 의사결정능력을 기대할 수 없는 최소한의 나이를 절대적인 형사책임 면제 연령의 기준으로 삼고, 그 이상 연령의 미성년의 형사책임에 대해서는 의사결정과정 모형에 의거하여 평가하는 방법도 가능하지 않을까 조심스레 제안해 본다.

정신질환자의 범죄는 그 범죄의 흉폭성과 잔혹성을 이유로 처벌대상이 되어서는 안 된다. 조현병으로 인해 현실 검증력이 완전히 상실된 환자의 행위와 자신의 쾌락을 충족시키기 위한 냉혈한의 행위는, 그 잔인한 정도가 같더라도 다른 판결을 받아야만 한다. 범행을 저지르기까지 작동한 의사결정과정이 전적으로 정신질환의 영향을 받고 있다면 범행은 범의를 결여하는 것이며, 범의가 없는 행위자에게는 책임이 없기 때문이다. 정신질환으로 인해 책임능력이 무효화되는 경우를 정확하게 판단하는 것은, 99명의 범죄자를 놓치더라도 단 한 명의 무고한 개인을 처벌하지 않는다는 법 정신의 근본에 부합하는 것이다.

이러한 중요한 판단의 도구로써 의사결정과정의 모형은 상당한 역할을 할 수 있을 것으로 보인다. 아직까지는 기본적인 틀만을 제안한 초기 단계로, 앞으로 더 정교한 수정과 보완을 거쳐야 할 것이나, 이를 기반으로 하여 구체적인 점검 항목(check list)의 개발 및 실제 판결에 대한 시험적 적용이 이루어진다면

정신질환자의 형사책임능력 판단에 대한 객관적인 평가 도구가 마련될 수 있을 것이다. 또한 이러한 노력을 출발점으로 하여, 앞으로 법정신의학의 다양한 분야에서도 객관적인 이론적 모형 및 평가도구가 더욱 개발되기를 기대해 본다.

참 고 문 헌

1. 시내암. 신역 수호지 제3권 제39회. 연변대학 수호전 번역조역. 상해인민출판사 편. 서울: 도서출판 청년사; 1990.
2. Meynen G. Free will and psychiatric assessments of criminal responsibility: a parallel with informed consent. *Med Health Care and Philos.* 2010; 13: 313–320.
3. Juth N, Lorentzon F. The concept of free will and forensic psychiatry. *Int J Law Psychiatry.* 2010; 33(1): 1–6.
4. Myenen G, Oei K. Internationalizing forensic assessments of criminal responsibility. *Med Law.* 2011; 30: 529–534.
5. Bermudez JL. Decision theory and rationality. Oxford: Oxford University Press; 2009.
6. Kalis A, Mojzisch A, Schweizer TS, Kaiser S. Weakness of will, akrasia, and the neuropsychiatry of decision making: an interdisciplinary perspective. *Cogn Affect Behav Neurosci.* 2008; 8(4): 402–417.
7. Kalis A, Myenen G. Mental disorder and legal responsibility:

the relevance of stages of decision making. *Int J Law Psychiatry*. In press 2014.

<http://dx.doi.org/10.1016/j.ijlp.2014.02.034>

8. Meynen G. A neurolaw perspective on psychiatric assessments of criminal responsibility: decision-making, mental disorder, and the brain. *Int J Law Psychiatry*. 2013; 36: 93–99.
9. Rogers R, Shuman DW. *Fundamentals of forensic practice: mental health and criminal law*. New York, NY: Springer; 2005.
10. Elliot C. *The rules of insanity: moral responsibility and the mentally ill offender*. Albany, NY: SUNY Press; 1996.
11. Robinson DN. *Wild beasts and idle humours: the insanity defense from antiquity to the present*. Cambridge, MA: Harvard University Press; 1998.
12. Simon RJ, Ahn-Redding H. *The insanity defense, the world over*. Lanham, MD: Lexington Books; 2006.

13. 김진환. 정신장애 범죄자의 책임과 처우에 관한 연구[박사학위]. 서울: 한양대학교; 2003.
14. Buchanan A. Psychiatric aspects of justification, excuse and mitigation. London: Jessica Kingsley; 2000.
15. Adshead G, Brown C, Skoe E, Glover J, S. Nicholson. Studying moral reasoning in forensic psychiatric patients. In: Widdershoven G, Mcmillan J, Hope T, Scheer L, editors. Empirical ethics in psychiatry. New York: Oxford University Press; 2008.
16. Gotlib IH, Krasnoperova E, Yue DN, Joormann J. Attentional biases for negative interpersonal stimuli in clinical depression. *J Abnorm Psychol*. 2004; 113(1): 121–135.
17. Mogg K, Bradley BP, Williams R. Attentional bias in anxiety and depression: the role of awareness. *Br J Clin Psychol*. 1995; 34(1): 17–36.
18. Meynen G. Exploring the similarities and differences between medical assessments of competence and criminal responsibility. *Med Health Care Philos*. 2009; 12(4): 443–

451.

19. Meynen G. Depression, possibilities, and competence: a phenomenological perspective. *Theor Med Bioeth.* 2011; 32(3): 181–193.
20. Fingarette H. Heavy drinking: the myth of alcoholism as a disease. Berkley, CA: University of California Press; 1989.
21. Pickard H. Responsibility without blame: empathy and the effective treatment of personality disorder. *Philos Psychiatr Psychol.* 2011; 18(3): 209–223.
22. Lang A. Patient perception of tics and other movement disorders. *Neurology.* 1991; 41(2): 223–228.
23. Singer HS. Tourette syndrome and other tic disorders. *Handb Clin Neurol.* 2011; 100:641–657.
24. Verdellen CW, Hoogduin CA, Kato BS, Keijsers GP, Cath DC, Hoijsink HB. Habituation of premonitory sensations during exposure and response prevention treatment in Tourette's syndrome. *Behav Modif.* 2008; 32(2):215–227.

25. Bratman M. Intentions, plans, and practical reason.
Cambridge, MA: Harvard University Press; 1987.
26. Bratman M. Responsibility and planning. J Ethics. 1997;
1(1): 27–43.
27. Sebanz N, Prinz W, editors. Disorders of volition.
Cambridge, MA: MIT Press; 2006.
28. Nestor PG, Haycock J. Not guilty by reason of insanity of
murder: clinical and neuropsychological characteristics. J
Am Acad Psychiatry Law. 1997; 25(2):161–171.
29. 최윤정, 조지희, 권정화. 형사적 정신감정결과와 법원 판결에
관한 고찰. 신경정신의학. 1998; 제37권 제5호: 903–912.
30. Bucci S, Birchwood M, Tarrier N, Emsley R, Haddock G.
Predicting compliance with command hallucinations: anger,
impulsivity and appraisals of voices power and intent.
Schizophr Res. 2013; 147(1): 163–168.
31. Reynolds N, Scragg P. Compliance with command
hallucinations: the role of power in relation to the voice, and
social rank in relation to the voice and others. J Forens

- Psychiatry Psychol. 2010; 21(1): 121–138.
32. Shawyer F, Mackinnon A, Farhall J, Sims E, Blaney S, Yardley P, et al. Acting on harmful command hallucinations in psychotic disorders: an integrative approach. *J Nerv Ment Dis.* 2008; 196(5):390–398.
33. Braham LG, Trower P, Birchwood M. Acting on command hallucinations and dangerous behavior: a critique of the major findings in the last decade. *Clin Psychol Rev.* 2004; 24(5): 513–528.
34. Ernst M, Paulus MP. Neurobiology of decision-making: a selective review from a neurocognitive and clinical perspective. *Biol Psychiatry.* 2005; 58: 597–604.
35. Heckhausen H, Gollwitzer PM. Thought contents and cognitive functioning in motivational versus volitional states of mind. *Motiv Emot.* 1987; 11: 101–120.
36. Heckhausen J, Heckhausen H, editors. *Motivation and action.* Cambridge, MA: Cambridge University Press; 2008.
37. http://www.crimelibrary.com/serial_killers/weird/chase/index.html

[x_1.html](#)

38. http://www.crimelibrary.com/serial_killers/notorious/dahmer/r/index.html
39. Silva JA, Ferrari MM, Leong GB. The case of Jeffrey Dahmer: sexual serial homicide from a neuropsychiatric developmental perspective. J Forensic Sci. 2002; 47(6): 1347-1349.
40. 정규원. 형사책임과 정신감정. 형사책임과 심리학: 토론. 한국심리학회 춘계심포지엄; 2001.
41. 이진국. 형사절차상 정신장애에 대한 감정. 법학논총. 2011; 제28권 제4호: 351-364.
42. 이인영. 책임능력에 대한 판단과 정신감정절차. 홍익법학. 2010; 제11권 제2호: 157-190.
43. 조병구. 형사책임능력 부존재에 관한 심리에서의 제문제. 제11회 한국형사소송법학회 발표자료집; 2010.
44. 신동운. 형사소송법. 서울: 법문사; 1993.
45. 이경숙, 안향, 최상섭, 이재갑, 조성희. 형사정신감정의 변화-

1990년과 2000년－. 대한법의학회지. 2003; 제29권 제2호:
24-32.

46. 장동원. 정신질환과 범죄. 형사정책연구. 1990; 제 1권: 93-
111.

Abstract

Introduction: Although it is forensic psychiatrists' essential task to evaluate mentally disordered patients' criminal responsibility, mechanisms in which mental disorders compromise criminal responsibility remain unclear. Proposing an improved theoretical model for explaining mental disorders' impact on criminal responsibility was aimed.

Methods: A model of decision-making process Gerben Meynen has proposed was critically reviewed, thereby showing the applicability of the modified model for various imaginary and real situations.

Results: To apply the model of decision-making process for evaluating the influence of mental disorders on criminal responsibility properly, grave impairment of reality testing and absence of pursuing self-satisfaction except self-defense in option generation phase should be considered. The continuity of the whole process should also be examined.

Conclusion: If appropriately modified and refined, the model of decision-making process would be able to function as a scientific and reasonable standard of assessment of mentally disordered patients' criminal responsibility.

Keywords: psychiatric disorder, criminal responsibility, decision-making process, criminal law, forensic psychiatry, reality testing

Student number: 2010 – 23712